

帰責事由としての性質保証と損害担保：
ドイツ債務法改正における損害担保責任の導入とその
企業買収実務に与える影響を参考にして

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2015-06-30 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 渡邊, 拓 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.14945/00008844

帰責事由としての性質保証と損害担保

——ドイツ債務法改正における損害担保責任の導入と

その企業買収実務に与える影響を参考にして——

渡邊 拓

第一章 序論

第一節 我が国における債務不履行責任の帰責事由論の状況

第二章 ドイツ債務法改正——性質保証責任 (Zusicherung) から損害担保責任 (Garantie) へ

第一節 債務法改正作業

第二節 一九九二年の債務法改正委員会の最終答申から政府草案の提出まで

第三節 連邦議会における政府草案を巡る審議

第四節 新BGB

第五節 損害担保責任を巡る解釈

第三章 企業買収契約を巡る問題

第一節 これまでの問題状況

帰責事由としての性質保証と損害担保

第二節 新四四四条の実務に対するインパクト

第三節 学説の反応

第四節 連邦司法省の二つの文書

第五節 CDU/CSUによるBGB四四四条の修正提案

第四章 小括

第五章 日本法への示唆

第一章 序論

第一節 我が国における債務不履行責任の帰責事由論の状況

一 通説的見解

民法四一五条は債務不履行の損害賠償請求権の要件として債務者の責めに帰すべき事由を求めている⁽¹⁾。従来の通説的見解はこの「責めに帰すべき事由」を、「債務者の故意・過失又は信義則上これと同視すべき事由」と解していた⁽²⁾。信義則上債務者の故意・過失と同視される事由とは、いわゆる履行補助者の故意・過失であるとされる⁽³⁾。

二 近時の有力説

これに対して、近時、我が国では、債務不履行責任の帰責事由に関して、債務者の故意・過失およびそれと同視すべき事由の枠にとられない見解が有力となっている⁽⁴⁾。

(一) 結果債務・手段債務構成

その一つの有力な流れが債務を結果債務、手段債務に分類する立場である⁽⁵⁾。森田教授は、「債務者が結果の実現が確実であると約束した場合（結果債務）には、不可抗力によらない結果の不実限があれば、債務者に「帰責事由」があると判断されるが、結果を実現すべく一定の慎重な注意（行為）義務を負うことしか約束していない場合（手段債務）には、債務者の債務不履行の存否を判断するにつき、債務者の（具体的な）行為態様の評価が必要になってくる」とする⁽⁶⁾。そうすると、結果債務であると判断された場合には、不可抗力の場合をのぞいて、原則的に過失の有無を問題とすることなく「帰責事由あり」と判断されることになる。

(二) 保証責任構成

他方、結果債務・手段債務構成と問題意識は共通するがアプローチの異なるものとして、債務不履行責任の帰責事由として故意・過失とは別に「保証」という概念を用いる立場がある。

三 「帰責事由論」における「保証」の役割

保証責任構成を採る論者の中でも、その「保証」の意味については若干の相違が存在する。

(一) 過失責任と保証責任が併存するとの見解

潮見教授は、債務不履行責任は、互いに帰責原理の異なる保証責任と過失責任という二種類の責任が併存する二元的体系であるとされる。すなわち、債務不履行の帰責事由は、①結果保証が存在し、それゆえに過失責任が妥当しない「保証責任」と、②履行過程でされた具体的な行為の不当性を問題とする「過失責任」の二元的構造が存在するとされる。そして、保証された事態が発生しない場合に、債務者の具体的行為の逃避を問題とすることなく、結果保証を帰責事由

として債務者に責任を負わせる。⁽⁷⁾このような結果保証が認められる場合として、①法律上で結果補償が要求されている場合、②当事者間で特別に保証約束がされている場合、③物の引渡を目的とする双務契約上の債務で、引き渡された契約目的物に関する権利に瑕疵がある場合や、物に瑕疵がある場合、④いわゆる調達債務の場合、⁽⁸⁾を挙げられる。

この立場は、「保証責任」を「過失責任」とは帰責原理の異なるものとして併存させる。これに対して、次に見るように、ドイツ法における性質保証 (Zusicherung) 概念を手がかりとして、四一五条の帰責事由の一つとして「性質保証」を位置づけようとする立場がある。

(二) 帰責事由の一つとして位置づける見解

円谷教授は、売主が売買目的物の性質について保証をしたならば、明示、黙示の損害担保契約が成立していると認定することができる場合以外でも、「保証された性質を有する売買目的物を履行することができないことをもって、四一五条所定の「債務の本旨」⁽⁹⁾によらないものと理解し、保証をしたことをもって、同条所定の「責めに帰すべき事由」と理解することができる⁽⁹⁾とされる。渡辺達徳教授もウイーン動産売買条約との比較検討から、「従来、過失責任原理の支配領域として一括りにされてきた問題群の中に、契約締結時の保証・損害担保の約束を帰責根拠として再構成されるべきものが含まれているのではないか」と述べる。⁽¹⁰⁾笠井教授はさらに、「従来の帰責事由イコール故意・過失という図式を脱して、保証の要素を帰責事由の中に盛り込むのであれば、改めて、帰責事由が過失責任と保証責任とに尽きるものか、契約責任はさらに多様な帰責要素を持ちうるものかについても、不法行為法における議論と同様に、自覚的な検討が求められる」と述べて、債務不履行責任の帰責事由は故意・過失、保証だけでなくさらに多様なものがあり得ることを示唆する。⁽¹¹⁾

このように債務不履行責任の帰責事由として「保証」を位置づける立場の中でもその意味するものについては微妙な

ズレがあるように思われる。さらに帰責事由としての「保証」の立証責任の問題、あるいは保証がなされた場合に、それと矛盾する免責あるいは責任制限の合意との関係についてはいまだ充分な検討がなされているとは言い難い。⁽¹²⁾

四 ドイツ債務法改正の検討の必要性

他方、海外に目を転じてみると、ドイツでは、二〇〇二年一月一日より新しい民法典（BGB）が施行された。この新BGBでは、従来の「性質保証（Zusicherung）」は姿を消し、BGB二七六条において故意・過失と並んで「損害担保（Garantie）」が帰責事由とされている。⁽¹³⁾このような新BGBの帰責事由としての損害担保について検討することは、日本法における債務不履行の帰責事由をめぐる議論にとっても有益であると考えられる。⁽¹⁴⁾さらに、この新BGBの損害担保責任については、企業買収における免責条項の問題と相まって、現在、非常に大きな議論を巻き起こしている。以下では、新BGBにおける損害担保責任の法的性質について、その起草過程および学説の反応を手がかりに明らかにする。さらに、損害担保責任と免責条項の関係については、企業買収契約を舞台に繰り広げられている議論を紹介したい。そのうえで、日本法に対する示唆を試みる。

(1) 四一五条の規定の成立史並びに判例の変遷については、中田裕康「民法四一五条・四一六条（債務不履行による損害賠償）」
広中俊雄、星野英一編『民法典の百年Ⅲ』（有斐閣、一九九八）一頁以下を参照。また帰責事由についての判例の詳細な整理
については長尾治助『債務不履行の帰責事由』（有斐閣、一九七五）一頁以下を参照。

(2) 我妻栄『新訂 債権総論』（岩波書店、一九六四）一〇五頁。

(3) 我妻・前掲一〇六頁。

- (4) この点についてはさしあたり、潮見佳男『債権総論Ⅰ〔第二版〕』（信山社、二〇〇三）二五八頁以下参照。
- (5) 吉田邦彦「債権の各種——『掃責事由』論の再検討」『民法講座別巻（2）』（有斐閣、一九九〇）一頁以下〔契約法・医事法の関係的展開』（有斐閣、二〇〇三）二頁以下所収）。
- (6) 森田宏樹『契約責任の掃責構造』（有斐閣、二〇〇二）五四頁以下。
- (7) 潮見佳男『債権総論Ⅰ〔第二版〕』（信山社、二〇〇三）二六七頁以下。同『契約責任の体系』（有斐閣、二〇〇〇年）一七九頁も参照。
- (8) 潮見・前掲二七六頁以下。
- (9) 円谷峻『契約の成立と責任〔第二版〕』（二粒社、一九九二）二〇一頁、同『現代契約法の課題——国際取引と民法理論——』（一粒社、一九九七）一九六頁。拙稿「ドイツにおける性質保証概念の展開」神戸四七巻二号三七一頁以下、同「性質保証概念の再検討」私法六二号一八〇頁も同旨。
- (10) 渡辺達徳「国際動産売買法と契約責任の再構成」法学新報一〇四巻六・七号七九頁。
- (11) 笠井修『保証責任と契約法理』（弘文堂、一九九九）三三三頁以下。
- (12) 拙稿「性質保証責任と免責条項の関係についての序章的考察」石田喜久夫先生古稀記念『民法学の課題と展望』（成文堂、二〇〇〇）五二三頁、拙稿「性質保証の表示と制限的文言（一・二完）」静法四巻四号一六三頁、五巻一号三八五頁。
- (13) 渡辺達徳「ドイツ債務法現代化における掃責事由——その内容及び機能について——」判タ一一一六号二二頁以下。
- (14) 潮見佳男「ドイツ債務法の現代化と日本債権法学の課題（一）」民商一二四巻三号三五頁も、損害賠償請求権を基礎づける掃責原理についてのパラダイム転換が、我が国の債権法学の未来を見つめる上でも重要であるとする。また、売買法の領域についても、今西康人「消費者売買指令と目的物の瑕疵に関する売主の責任——指令の国内法化からの検討——」判タ一一一七号五一頁は、BGBが「売買一般における売主保証及びメーカー保証につき敢えて明文規定を置き、保証内容の確定につき広告による表示内容をも斟酌すべきことを定めた点は、立法論として参照すべき事項である」と述べる。

第二章 ドイツ債務法改正——性質保証責任 (Zusicherung) から損害担保責任 (Garantie) ⁽¹⁵⁾

第一節 債務法改正作業⁽¹⁶⁾

一九七〇年代後半に始まり一九九二年の債務法改正委員会の最終報告書の公表以後、一時目立った動きのなかった債務法改正作業が、消費者売買に関するEU指令、e-コマースに関するEU指令、支払遅滞に関するEU指令⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾を国内法化する必要性が生じたため再び息を吹き返した。すなわち、ドイツ国内では指令を一对一で国内法化する「小さな解決」をとるか、それともこれらの指令の国内法化を契機として債務法改正を再び進める「大きな解決」をとるかとの二つの方向性が議論されたが、最終的に「大きな解決」が選択されたのである。二〇〇〇年八月四日には議論のたたき台となるべく「討議草案 (Diskussionsskizze eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes)」が連邦司法省から公表された。二〇〇一年一月一七日には連邦司法省内に「給付障碍法委員会 (Kommission Leistungsstörungsrecht)」が設置され、同委員会は討議草案をもとにいわゆる「整理案 (Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes)」を作成し、それは同年三月六日に公表された。そして二〇〇一年五月九日には連邦政府がいわゆる「政府草案 (Regierungsentwurf)」を決定し、同月十四日には連立与党 (SPD/BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN) から政府草案と同文の債務法改革法案 (Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts) が連邦議会に提出された。その後、議会における審議を経て、新しいBGBが二〇〇一年一月二十九日に公布され、二〇〇二年一月一日から施行された。⁽²⁰⁾⁽²¹⁾⁽²²⁾⁽²³⁾⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾

第二節 一九九二年の債務法改正委員会の最終答申から政府草案の提出まで

では、この債務法改正作業の中で、従来の性質保証責任がどのように過程を経て損害担保責任へと変容していったのかを次に見ていこう。⁽²⁶⁾

一 旧 BGB

旧 BGB では、債務不履行と瑕疵担保責任は全く別の体系に属しており、債務不履行の場合には過失責任主義に基づき、帰責事由として債務者の故意・過失が損害賠償の要件であった。これに対して、瑕疵担保責任の場合には、性質保証と悪意の黙秘が損害賠償請求権の特別な要件であり、それ以外の場合は瑕疵担保責任の枠内では損害賠償は請求できなかった。

旧 BGB⁽²⁷⁾

第二七六条

- (一) 債務者は、別段の定めがない限り、故意及び過失につき責任を負う。取引に必要な注意を怠った者は、過失あるものとする。第八二七条及び第八二八条の規定は、この場合に適用する。
- (二) 故意に基づく債務者の責任は、あらかじめ免除することができない。

第四五九条

- (一) 物の売主は、買主に対し、危険が買主に移転した時に、物にその価値又は通常の使用若しくは契約によって

予定された使用に対する適性を消滅又は減少させる欠点がないことについて、責めに任ずる。価値又は適性の重大ではない減少は、考慮しない。

(二) 売主は、危険移転の時に、物が保証された性質を有することについても、責めに任ずる

第四六〇条

買主が売買契約締結の当時、売買の目的物の瑕疵を知っているときは、売主は、その瑕疵について責めに任じなければならぬ。買主が重大な過失により、第四五九条第一項に掲げる種類の瑕疵を知らない場合においては、売主は、その欠点を知りながら告げなかった場合にのみ、その責めに任ずる。但し、売主が欠点の不存在を保証した時は、この限りではない。

第四六三条

売買の目的物が売買の当時において保証された性質を欠くときは、買主は、解除又は減額に代えて不履行に基づく損害賠償を請求することができる。売主が欠点を知りながら告げなかった時も、同様である。

第四七六条

物の瑕疵に基づく売主の担保給付義務を免除し、又は制限する合意は、売主が瑕疵を知りながら告げなかったときは、無効とする。

二 債務法改正委員会の最終答申

一九九二年委員会草案⁽²⁸⁾

第二七六条（自己の行為についての帰責性）

（一）別段の定めなく、債務関係の他の内容又は特性からも推知されない場合には、債務者は故意及び過失について責めに任ずる。取引において必要な注意を怠った者は、過失あるものとする。民法第八二七条及び第八二八条の規定はこれに準用する。

（二）故意に基づく債務者の責任は、あらかじめ排除することができない。

第四四二条（買主の悪意）

（一）買主が契約締結時にその瑕疵を認識していた場合には、瑕疵に基づく買主の権利は排除される。

（二）登記簿に登録された権利は、たとえ買主がそれについて悪意であったとしても、売主はこれを除去しなければならぬ。

第四四四条（損害担保）

売主が物の性質（Beschaffenheit）について損害担保を引き受けていた限りで、その有効期間内に生じた物的瑕疵は、損害担保に基づく権利を惹起するものと推定される。

第四四五条（責任の排除）

売主が瑕疵を悪意で黙秘する場合には、瑕疵に基づく買主の権利を排除あるいは制限する合意を売主は援用することができない。

性質保証責任についての一九九二年の債務法改正委員会の最終答申の立場は、基本的に、瑕疵担保責任を給付障碍法に組み込むことにより、性質保証責任はその特別の地位を失うというものである。それゆえ性質保証について特に条文を設けて規定することは不要であるとされた。⁽²⁹⁾ これを受けて、草案四四四条には損害担保責任が規定されたが、債務者の帰責性について定めた二七六条には故意・過失の他に「債権債務関係の内容から導かれる場合」が定められるのみで、草案からは「性質保証 (Zusicherung)」という文言は全く姿を消した。⁽³⁰⁾

三 消費財の売買に関するEU指令から討議草案

一九九九年EU消費者売買指令⁽³¹⁾

第六条 (損害担保)

(一) 損害担保はそれを与えた者を損害担保の表示および関連する広告において与えられた条件で拘束する。

(二) 損害担保とは、

——消費者が消費財の売買について適用される現行の国内法の規定の枠内で法定の権利を有するということを説明し、損害担保によるこのような権利はそれと関わりがないということを明確にしなければならない。

——単純かつわかりやすい形で損害担保の内容並びに、損害担保の主張にとって必要不可欠な本質的な陳述、特に損害担保の保護の有効期間及び適用領域並びに損害担保を与える者の名前、住所が含まれていなければならない。

(三) 消費者の求めに応じて損害担保を文書化して交付するか、あるいは、消費者が利用でき、アクセスしやすい形で、その他の磁気データに保存するかしなければならない。

(四) 消費財が流通におかれる加盟国は、それが契約の定めと一致する限りで、その領土について、その損害担保が、EUの公用語の中から各加盟国が選んだ、単一のあるいは複数の言語で記載されうることを規定しうる。

(五) 損害担保について二、三、四項の要請が満たされない場合であっても、それは当該損害担保の有効性には影響しない。ゆえに、消費者は引き続き損害担保を主張でき、その保持を主張できる。

七条

(一) この指令で保障された権利を直接あるいは間接的に無効にするもしくは制限する契約条項、あるいは、契約違反についての報告の前に売主との間でなされた合意は、国内法に従い、消費者を拘束しない。

中古品の場合には、加盟国は、売主と消費者が、五条一項の期間よりも短い期間で責任を負うということを契約条項であるいは合意で取り決めるということを定めることができる。

(二) 当該契約が、加盟国の領土と密接な関係を示す限りで、加盟国は、非加盟国の法律を契約に適用される法律として選択することによって、指令によって与えられた保護を奪われないために、必要な措置を取る。

一九九二年の債務法改正委員会の最終報告書の提出以来、改正の動きは一時止まっていたが、一九九九年のEU消費者売買指令が出された後、改正の動きが再び活発化した。EU消費者売買指令には、六条に損害担保についての規定がおかれ、⁽³²⁾さらに七条には消費者の権利を制限する合意を無効とする規定がおかれた。⁽³³⁾

四 二〇〇〇年討議草案 (Diskussionsentwurf)

二〇〇〇年討議草案⁽³⁴⁾

第四四一条 (買主の悪意と通知義務)

- (一) 買主が契約締結時に瑕疵を認識していたかあるいは重過失により認識しなかった場合には、買主の瑕疵に基づく権利は生じない。買主が瑕疵を発見してから二ヶ月以内に売主に瑕疵を通知しなかった場合も同様である。
- (二) 登記簿に登記された権利はたとえ買主がそれについて悪意であったとしても売主はそれを除去しなければならない。

第四四二条 (損害担保)

- (一) 売主もしくは第三者が目的物の性質 (Beschaffenheit) について損害担保を引き受けた場合には、その担保した事由が発生したときには、損害担保を与えた者に対する、損害担保表示及び関連する広告において与え

られた条件で、買主に損害担保に基づく権利が与えられる。

(二) 損害担保が引受けられた限りで、その有効期間内に生じた物的瑕疵は損害担保に基づく権利を惹起するものと推定される。

第四四三条（責任排除）

売主が瑕疵を悪意で黙秘する場合には、瑕疵に基づく買主の権利を排除あるいは制限する合意を売主は援用することができない。

討議草案の性質保証に対する認識は、一九九二年の委員会草案のそれと基本的に一致している。すなわち、無過失の売主に対する損害賠償請求権を性質保証と悪意の黙秘に限定することは狭きに失し、また、四五九条一項の瑕疵と二項の性質保証、ならびに性質概念の区別は無用の争いを生むというものである。それゆえ、「性質保証（Zusicherung）」という文言は不要であるとする。しかし、性質保証責任の実際上の意義がなくなるわけではなく、これまで性質保証責任の枠内で処理してきた問題は、草案においても二七六条の債務者の帰責事由の一つとして顧慮されることになるとする。⁽³⁵⁾ それゆえ、討議草案では二七六条は改正の対象とならず、四四二条に新たに損害担保の規定が挿入された。⁽³⁶⁾

五 整理案

二〇〇〇年整理案⁽³⁷⁾

第二七六条（自己の行為についての帰責性）

（一）責任の加重又は軽減につき別段の定めがなく、債務関係の他の内容、特に損害担保又は調達リスクの引受けもしくは債務の特性からも推知されない場合には、債務者は故意及び過失について責めに任ずる。八二七条、八二八条の規定はこれに準用する。

（二）取引において必要な注意を怠った者は過失あるものとする。

（三）故意に基づく責任はあらかじめ排除することはできない。

第四四一条（買主の悪意）

（一）買主が瑕疵契約締結時にその瑕疵を認識していた場合には、瑕疵に基づく買主の権利は排除される。買主が重過失により瑕疵を認識しなかった場合には、売主が瑕疵を悪意で黙秘していたかもしくは瑕疵のないこと保証していた限りで、その瑕疵に基づく権利を主張できる。

（二）登記簿に登記された権利はたとえ買主がそれについて悪意であったとしても売主はそれを除去しなければならぬ。

第四四二条（損害担保）

（一）売主もしくは第三者が目的物の性質（Beschaffenheit）について損害担保を引き受けた場合には、その担保した事由が発生したときには、法定の請求権を妨げることなく、損害担保を与えた者に対する、損害担保表示及び関連する広告において与えられた条件で、買主に損害担保に基づく権利が与えられる。

（二）損害担保が引受けられた限りで、その有効期間内に生じた物的瑕疵は損害担保に基づく権利を惹起するものと推定される。

第四四三条（責任排除）

売主が瑕疵を黙秘するかもしくは瑕疵のないことを保証していた場合には、瑕疵に基づく買主の権利を排除あるいは制限する合意を売主は援用することができない。

損害担保責任に関連する条文について整理案は討議草案に大きな修正を加えている。その一つが一九九二年の委員会草案、二〇〇〇年の討議草案ではもはや不要とされていた「性質保証（Zusicherung）」の復活である。旧BGB四六〇条と旧BGB四七六条に対応する整理案四四一条（買主の悪意）と整理案四四三条（責任排除）に売主の悪意の黙秘と並んで性質保証が挿入された。特に四四三条に性質保証が挿入されたことにより、性質保証をした売主は買主の権利を排除あるいは制限できないことになった。この修正は後々大きな意味を持つことになる。また、四四二条に規定されている損害担保責任については、性質保証（Zusicherung）ではなく損害担保（Garantie）のままであることから、この時点では、起草者は、四四二条の損害担保責任と四四一条、四四三条の性質保証は文言上も区別されるものであると考

えていたことが伺える。

さらにもう一つの大きな修正点は、債務者の帰責性について定める二七六条一項に「損害担保あるいは調達リスクの引受け」という文言が挿入されたことである。³⁸⁾一九九二年の委員会草案並びに二〇〇〇年の討議草案の段階でも、明文化はされなかったが、売主の帰責性の一つとして性質保証が問題となりうることは前提とされていた。しかし、整理案二七六条に「損害担保の引受け」が規定され、他方、四四一条、四四三条にはこれまでの「性質保証」が復活したことにより、二七六条の「損害担保」はいかなる意味を持つのかという問題が惹起された。これは、後の修正作業において再び問題となる。

六 政府草案

二〇〇一年政府草案

第二七六条（自己の過失についての帰責性）

- (一) 責任の加重又は軽減につき別段の定めなく、債務関係の他の内容、特に損害担保又は調達リスクの引受け、あるいは債務の特性からも推知されない場合には、債務者は、故意及び過失について責めに任ずる。第八二七条及び第八二八条の規定はこれに準用する。
- (二) 取引において必要な注意を怠った者は、過失があるものとする。
- (三) 債務者の故意に基づく責任は、あらかじめ排除することができない。

第四四二条（買主の悪意）

（一） 契約締結時に買主が瑕疵を認識していた場合には、瑕疵に基づく買主の権利は排除される。買主が重過失により瑕疵を認識しなかったときは、売主が瑕疵を悪意で黙秘していたかもしくは目的物の性質（Eigenschaft）について損害担保を引受けていた限りで、買主は瑕疵に基づく権利を主張しうる。

（二） 登記簿に登記された権利は、たとえ買主がそれについて悪意であったとしても、売主はそれを除去しなければならぬ。

第四四三条（損害担保）

（一） 売主もしくは第三者が、目的物の性質（Beschaffenheit）についての損害担保を引き受けた場合には、その担保した事由が発生したときには、損害担保を与えた者に対する、損害担保の表示及びこれに関連する広告において与えられた条件で、法定の請求権を妨げることなく、買主には損害担保に基づく権利が与えられる。

（二） 損害担保が引受けられた限りで、その有効期間内に発生した物的瑕疵は損害担保に基づく権利を惹起するものと推定される。

第四四四条（責任の排除）

売主が瑕疵を悪意で黙秘しあるいは目的物の性質（Eigenschaft）の存在についての損害担保を引受けていた場合は、売主は瑕疵に基づく買主の権利を排除あるいは制限する合意を援用することはできない。

(一) 二七六条の改正理由

二七六条の債務者の帰責事由については、政府草案は基本的に整理案の立場を踏襲し、損害担保の引受を帰責事由の一つとして挙げてゐる。しかし、文言については政府草案は、「損害担保」の用語で統一してゐる。すなわち、整理案の段階では、四四一条の買主の悪意と四四三条の責任排除において「性質保証」の用語が用いられてゐたが、それらは全て「損害担保」に差し替えられた。二七六条において規定されている損害担保では、売買、賃貸借、請負、および物にかかわる同種の契約の際の性質保証が想定されていると改正理由は述べる。「特に売買契約法においては、今後は、性質保証はもはや独自の意義を持たない。旧四六三条一文は不要なものまたは誤解を招きやすいものとして削除された。性質保証は、内容的に、性質の欠如の全ての結果について（過失なくとも）責任を負うという約束と結びついた性質の存在についての損害担保の引受を意味する。それゆえ、現行では、草案四四二条一項、四四四条も損害担保の引受を基準とした形式を含んでゐる。売主による瑕疵ある物の給付に基づく買主の損害賠償請求権には、草案二八〇条を準用する四三七条三号に従い、常に、売主の帰責性が要件とされているということは、しかし、性質保証が将来もはや何の意味も与えられなくなるということを意味しない。むしろ、損害賠償請求権を悪意の場合とならんでこのような場合に限定する四六三条の規定のみが放棄され、一般給付障碍法に従つた売主の責任が規定される。それによつて、性質保証の問題は他の場所、すなわち債務者（売主）の帰責性に土俵が移される。草案二七六条一項一文の枠内において、将来、売買契約法についても、債務者が損害担保を引き受けていたかどうか、場合によつては、売主がその売却した目的物に一定の性質が存在することを性質保証していたかどうかを検討されなければならないであろう。売買契約法においても、決して、保証された性質に対する責任が廃止されるのではなく、他のより適合した位置に規定されるだけである。⁽³⁹⁾」このように政府草案の起草理由からは、二七六条、四四二条、四四四条における「損害担保の引受」とはまさにこれまでの

「性質保証」の後継概念であり、従来の性質保証に関する判例・学説の蓄積は損害担保の引受の存否について生かされることになるという、一九九二年の委員会草案二七六条の立場を基本的に受け継いでいる⁽⁴⁰⁾と言える。

（二）四四二条の改正理由

続いて買主に悪意に関する四四二条について改正理由は次のように述べる。旧四六〇条二文は「保証された性質の欠如」という文言を用いているため修正が必要であるという。しかし、それは性質保証がもはや存在しないということの意味するものではなく、その意義は現在でも草案の他の箇所、すなわち草案二七六条一項一文に存在しており、そこでは従来の性質保証の事例は損害担保の引き受けとして受け継がれている。それゆえ、草案四四二条一項二文においてもそれと調和した文言が用いられるとする⁽⁴¹⁾。

（三）四四四条の改正理由

最後に責任排除について定める四四四条については次のような改正理由が述べられている。「この規定は、従来の四四三条と四七六条をまとめている。同時に、この規定においては、従来のA G B G 一条一一号が吸収されている。悪意があるいは損害担保の引き受けをしている場合には、それによって買主の瑕疵担保権が制限されるあるいは排除されるような合意を売主は援用することができないということをこの規定は定めている。この規定は、買主の瑕疵担保権の排除あるいは制限が包括的に認められている限りでのみその意義を有する」。「この規定において挙げられている損害担保の射程範囲に関して、前出の四四二条の説明が関連性を持ちうる。この場合でも、旧法において言及されていた性質保証が内容的に想定されている⁽⁴²⁾」。このように、四四四条は、旧B G B 四四三条と四七六条にA G B G 一条一一号を吸収させたものとして位置づけられている。

ダウンナーリップは、このような再構成について、「透明性の増加に至るのではなく、法的不安定性に至ってしまった。

AGBG 一条一号によって、従来、約款契約についてのみ、そしてこのような厳格なフォームにおいて消費者に対してのみ妥当したものが、いまや、まだ投資的側面の強い企業も含むあらゆる個別契約に関わってくるように思われる⁽⁴³⁾という懸念を述べる。

しかしながら、同じ損害担保の引受という概念を用いながら二七六条、四四二条、四四四条のそれとは区別されるものとして位置づけられている四四三条について、改正理由はなぜそのような区別が行われたのかについては沈黙している。しかし、政府草案は四四二条一項後段、四四四条において、政府草案四四三条における「目的物の性質(Beschaffenheit)についての損害担保」とは区別する形で、「性質(Eigenschaft)についての損害担保」という文言を用いている⁽⁴⁴⁾。これは、同じ「性質」という意味の文言を四四三条では「Beschaffenheit」、四四二条、四四四条では「Eigenschaft」と使い分けることによって、後者は旧AGBの「保証された性質(zugesicherte Eigenschaft)」の後継規定である⁽⁴⁵⁾ことを暗に示そうとしているものといえる。

第三節 連邦議会における政府草案を巡る審議

一 連邦参議院の意見表明

政府草案に対して、連邦参議院は意見表明を行った。その際、草案四四三条についての提案九七号において、次のような修正提案を行った。

第四四三条 品質保持および性質損害担保 (Haltbarkeits- und Beschaffenheitsgarantie)

(一) 売主あるいは第三者が、目的物が一定の期間内に一定の性質を有することについての損害担保を引き受け（品質保持損害担保）あるいは第三者が目的物の一定の性質についての損害担保を引き受ける場合には、その担保した事由が発生した場合には、買主には法定の請求権とは別に、損害担保表示においておよび関連する宣伝において言及されていた損害担保を認めた者に対する条件について、損害担保に基づく権利が与えられる。

(二) 品質保持損害担保が引き受けられた限りで、その有効期間内に現れた物的瑕疵は損害担保に基づく権利を生じさせるということが推定される。

このように連邦参議院は、草案四四三条の「売主もしくは第三者が引き受けた目的物の性質についての損害担保」を「売主が引き受けた品質保持損害担保」と「第三者が引き受けた性質損害担保」に限定して定義することを提案する。連邦参議院によると、この提案は規定の適用領域を明確化し、草案四四三条で扱われている損害担保を二七六条一項一文の損害担保と区別するためのものであるという。

提案理由によれば、草案四四三条は、品質保持損害担保を対象としているEU指令六条を国内法化したものであるという。このような損害担保の内容を草案四四三条に規定し、その際、品質保持損害担保を定義することが合目的であるとする。草案四四三条の対象はしたがって、草案二七六条一項一文において挙げられている損害担保、すなわち、債務者が過失とは無関係に義務違反について責任を負わなければならないという効果をもたらし、このような内容と共に草案四四二条、四四四条においても導入された損害担保と、草案四四三条の損害担保は区別されうるものであるという。

第三者が危険移転時に引き受けた損害担保とは異なり、売主が危険移転時に目的物の性質について引き受けた損害担保は、草案四四三条の対象ではないという。そのような区別をしない「損害担保」概念の使用は混乱を引き起こすという。⁽⁴⁶⁾

二 連邦政府の回答

これに対して連邦政府は次のような回答を行った。

四四三条に規定されている損害担保と四四二条と四四四条において規定されている損害担保を相互に区別するという連邦参議院の提案によつて追求されている目的を連邦政府は基本的に共有しているという。しかしこれは、提案されたような四四三条における修正によつてなされるべきではないという。というのも四四三条によつてE.U消費者売買指令六条一項が国内法化されている。そこで、「損害担保」と述べられているにとどまり、「損害担保」を定義している指令一条二項e号も、売主あるいは製造者によつて引き受けられた、目的物が損害担保表示あるいは宣伝において約束された性質を示さなかった場合にそれを除去する義務として「損害担保」を定義していることを理由とする。売主も、自ら単なる性質合意を越える、しかも草案二七六条一項一文の枠内の帰責性にとどまらない、損害担保を引き受けられるもできる。そのような損害担保の目的と内容はむしろ買主の権利の拡大でもある。例えば、機械が買主によつて求められた一定の作業量をこなせない場合には、他のモデルと取り替えるということをその機械の売主は約束することができるといふ。

しかしながら、指令に起因しない草案四四三条二項については、専ら品質保持損害担保に関係する限りで、連邦政府は連邦参議院の見解に従う。この点を明確にするために、二項は以下のような文言にすることを提案する。⁽⁴⁷⁾

第四四三条二項

目的物が定められた期間内に定められた性質を有していることについての損害担保が引き受けられた限りで（品質保持損害担保（Halbbarkeitsgarantie））、その損害担保期間内に生じた物的瑕疵は損害担保に基づく権利を発生させるということが推定される。

さらに、連邦政府は、これ以外の点における連邦参議院の要望を顧慮して、草案四四二条と四四四条において損害担保（Garantie）はもはや言及されるべきではないとする。ここでは、瑕疵概念にとつてはもはや役に立たない性質保証が内容的には問題となつてはいるが、性質保証（Zusicherung）がまだ意味を持ちうる場所では性質保証に言及することはそれにもかかわらず排除されないという。それゆえ、草案四四二条一項二文を次のように規定することを提案する。

第四四二条一項二文

買主が重過失の結果瑕疵を認識できないままであつた場合には、買主はこの瑕疵に基づく権利を、売主が瑕疵を悪意で黙秘していたかあるいはその不存在を性質保証（Zusicherung）していた場合にのみ主張できる。

草案四四四条もそれに相応するように全体として次のよう規定することを提案する。

第四四四条 免責

売主が瑕疵を悪意で黙秘していたかあるいはその不存在を性質保証（Zusicherung）していた場合には、それによつて瑕疵に由来する買主の権利を排除しあるいは制限するような合意を売主は援用することができない。

さらに、連邦政府は、性質保証の復活を、草案四四二条、四四四条にとどまらず、「性質保証は、その場合には、草案二七六条一項一文においても言及されるべきであ」⁽⁴⁸⁾るとする。

以上のように、連邦政府は、連邦参議院からの問題提起を受けて、四四三条の損害担保と、二七六条、四四二条、四四四条の損害担保を区別するため、そして、それらは旧BGBの「性質保証 (Eigenschaftszusicherung)」の後継規定であることを明確にするために、二七六条、四四二条、四四四条の「損害担保」を再び「性質保証」に置き換えることを提案した。

三 法務委員会の決議

しかし、これに対しては法務委員会が以下のように述べてその提案を拒否した。

「特に損害担保の引き受けから、そしてこの場合はとりわけ性質保証からより厳格化された責任が発生しうる。このことは草案が適切に述べている。法務委員会は四四三条において品質保持損害担保と性質損害担保との間の区別を提案していることに鑑み、連邦参議院の意見の九七号に対する連邦政府の反対意見において提案されていた「性質保証」の形式の受け入れは放棄される。さもないと、あらゆる性質保証は損害担保の要素も包含しているにもかかわらず、法務委員会が提案する二七六条において「性質保証」と「損害担保」という二つの概念が並立してしまう」からであるという。それ以外の理由としては、現行法における「性質保証」という形式は完全に問題のある物であることが実証されているとし、「性質保証」という文言の消滅は、「給付障碍法」委員会の提案にも合致しているとする。そして、「損害担保」概念によって、実体的な目的物の一定の性質を理由とするだけでなく、たとえば権利の存在や抗弁の不存在についても、

厳格な責任が引き受けられ得るといふことが明確にされたとする。

これに対応して、四四二条、四四四条についても、「法務委員会が提案する二七六条についての説明に対応して、法務委員会が提案する四四四条一項においても性質保証の概念は放棄されるべきである。それゆえ、政府草案の形式はそのままで足りる」とする⁽⁴⁹⁾。

これに対して、四四三条については、当初の政府草案の条文案を維持するとの決議をしている。四四三条一項については、この修正は連邦参議院の意見九七号に対する連邦政府の回答の提案をさらに発展させ、品質保持損害担保は二項において言及するのではなく、一項において言及する方が編纂上利点が多いように思われるという⁽⁵⁰⁾。

しかし、損害担保責任の制限については「債務者が損害担保を引き受ける場合には、それは、債務者は無制限に厳格化された責任を負うと言うことを必ずしも意味しない。債務者は、むしろ、このような厳格化された責任を限定することも可能である。なぜなら、そのような責任の引き受けは強制できないからである。厳格化された責任の射程範囲は、それゆえ、契約の合意」から判明するとして、損害担保責任の制限しうる場合のあることを示唆する⁽⁵¹⁾。

第四節 新BGB

二〇〇二年新BGB⁽⁵²⁾

第二七六条（債務者の帰責性）

(一) 責任の加重又は軽減につき別段の定めなく、債務関係の他の内容、特に損害担保又は調達リスクの引受けか

らも推知されない場合には、債務者は、故意及び過失について責めに任ずる。第八二七条及び第八二八条の規定はこれに準用する。

(二) 取引において必要な注意を怠つた者は、過失があるものとする。

(三) 債務者の故意に基づく責任は、あらかじめ排除することができない。

第四四二条（買主の悪意）

(一) 契約締結時に買主が瑕疵を認識していた場合には、瑕疵に基づく買主の権利は排除される。買主が重過失により瑕疵を認識しなかつたときは、売主が瑕疵を悪意で黙秘していたかもしくは目的物の性質(Beschaffenheit)について損害担保を引受けていた限りで、買主は瑕疵に基づく権利を主張しうる。

(二) 登記簿に登記された権利は、たとえ買主がそれについて悪意であつたとしても、売主はそれを除去しなければならぬ。

第四四三条（性質及び耐用性の損害担保）

(一) 売主もしくは第三者が、目的物の性質(Beschaffenheit)または目的物物が一定期間一定の性質を有すること(品質保持の担保)についての損害担保を引き受けた場合には、その担保した事由が発生したときには、法定の請求権を妨げることなく、損害担保を与えた者に対する、損害担保の表示及びこれに関連する広告において与えられた条件で、買主には損害担保に基づく権利が与えられる。

(二) 品質保持の担保が引受けられた限りで、その有効期間内に発生した物的瑕疵は損害担保に基づく権利を惹起するものと推定される。

第四四四条（責任の排除）

売主が瑕疵を悪意で黙秘あるいは目的物の性質 (Beschaffenheit) の損害担保を引受けていた場合は、売主は瑕疵に基づく買主の権利を排除あるいは制限する合意を援用することはできない。

二〇〇二年一月一日に施行された新BGBの給付障碍法の損害担保に関する部分は、基本的には政府草案の枠組みが維持されているといえる。「性質 (Eigenschaft)」という文言が姿を消し、すべて「Beschaffenheit」という文言に統一されたこと、四四三条に性質担保 (Beschaffenheitsgarantie) と品質保持担保 (Halbbarkeitsgarantie) という二種類の損害担保が規定されたことなどが主な修正点である。しかし、連邦参議院の意見表明とそれに対する連邦政府の回答の過程での議論では、一時大きく旧BGBの「性質保証 (Eigenschaftszusicherung)」への復古の動きが見られたが、それは法務委員会における議論によって封じられ、結局、もとの政府草案の路線に戻ったものと評価できる。

第五節 損害担保責任を巡る解釈

二七六条、四四二条、四四三条、四四四条における「損害担保 (Garantie)」をどのように理解するのかについては、すでに見たように、改正作業の過程において議論のあったところである。特に、連邦参議院と政府の間では、二七六条、四四二条、四四四条の損害担保と四四三条の損害担保を区別するために、前者については性質保証という文言を用いる

べきである提案がなされたことなどからすると、この段階では、二七六条、四四二条、四四四条の損害担保は旧四五九条二項、四六三条の「性質保証」の後継概念として位置づけられていると言える。それゆえ、学説における支配的見解も、二七六条の損害担保は旧四六三条の性質保証の後継規定であり、旧四六三条の性質保証についての判例が新二七六条の損害担保の引き受けにも当てはまると解する⁽⁵³⁾。通説は、新二七六条の損害担保の引き受けについても、性質保証の判例に依拠して、「契約の内容となった表示によって、債務者が、損害担保をした性質の存在および損害担保をした性質の欠如の結果のすべてについて責任を負う意思を、債権者に認識せしめた場合に、損害担保が認定される」として、責任負担意思が損害担保の要件となると解する⁽⁵⁴⁾。これに対して、四四三条の損害担保は、まず第一に、EU消費者売買指令六条の損害担保を国内法化したものであり、従来、独立的損害担保約束として理解されてきたものであるがゆえ、二七六条、四四二条、四四四条の損害担保とは区別して理解されている⁽⁵⁵⁾。

ヴェスターマンは、「前提論」についてヴィントシャイトが述べた著名な言葉「ドアから追い出したとしても、窓から再び舞い戻ってくる」を引用して、性質保証も独自の請求権の根拠としての地位を失ったとしても、そのことが性質保証が無意味になったということを意味しない⁽⁵⁶⁾。さらに新BGBの「損害担保」という用語について、従来からドイツ法においては、時間あるいは使用強度に従って定められた期間内に現れたすべての瑕疵についての危険を引き受けると言うことをそれによって売主が約束する「從属的損害担保」と、売買目的物の意味における性質には関わらない給付あるいは契約上の給付の事情に関連する独立的損害担保契約というものが存在するとする。そして、四四三条の損害担保の基礎には後者が存在しており、二七六条、四四二条、四四四条においては売主が(二七六条においては債務者)引き受けた損害担保が問題となつていとす。そのうえで結論的には、「損害担保」という法制度は新法にとつて何ら体系的に定められたものではないとする⁽⁵⁷⁾。

しかし、連邦議会の法務委員会においては、四四三条の以外の損害担保を性質保証で置き換えるという連邦政府の提案を、「あらゆる性質保証は損害担保の要素も包含している」という理由から拒否したことによって、損害担保の区別は相対化されてしまった。このことは文言にも現れており、「性質」の文言をの四四三条では「Beschaffenheit」、四四二条、四四四条では「Eigenschaft」と使い分けることが政府草案の段階では行われていたが、法務委員会の決議を受けて新債務法では消滅し、すべて「Beschaffenheit」に統一された。それゆえ、改正作業の過程からも四四四条の損害担保の意味は完全には明らかにならないといえる。⁽⁵⁸⁾

また、二七六条の帰責事由の証明責任に関してハースは、二八〇条一文により売主が証明責任を負担するとする。しかし、損害担保に関しては、「買主が二七六条一項一文に従い引き受けられた損害担保を買主が援用する場合には、買主が損害担保の引き受けを立証しなければならない。なぜなら、売主が消極的証明を行うことはできないからである」と述べる。さらに、四四三条の損害担保についてもプツォによれば売主が目的物について損害担保の表示を与えていたことを買主が証明しなければならぬとする。⁽⁵⁹⁾

(15) ドイツ語の「Zusicherung」も「Garantie」も共に「保証」と訳される場合もあるが、本稿では両者を区別するために「Zusicherung」を「性質保証」、「Garantie」を「損害担保」と訳すことにする。

(16) ドイツ債務法改正作業の全体像については、岡孝編『契約法における現代化の課題』（法政大学出版局、二〇〇二）二七頁以下、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（信山社、二〇〇三）五頁以下、小野秀誠『ドイツの二〇〇一年債務法現代化法』（給付障碍法と消費者保護法）（上・下）』（国際商事法務二九巻七号八〇九頁以下、二九巻八号九二四頁以下、同「財産関係の改革と現代化二〇〇二年改正法」一橋法学一卷三号七七頁以下、潮見佳男『ドイツ債務法の現代化と日本債権法学の課題

(一・二六)「民商一二四卷三号一頁以下、一二四卷四・五号一七二頁以下、河原格「ドイツ改正債務法の紹介」東洋法学四六卷一号一二一頁以下を参照。

- (17) Richtlinie 1999/44/EG (ABIEG Nr. L 171 v. 7. 7. 1999, S. 12 ff.).
- (18) Richtlinie 2000/31/EG (ABIEG Nr. L 178 v. 17. 7. 2000, S. 1 ff.).
- (19) Richtlinie 2000/35/EG (ABIEG Nr. L 200 v. 8. 8. 2000, S. 55 ff.).
- (20) 潮見・前掲民商一二四卷三号一二一頁以下。
- (21) Claus-Wilhelm Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 3 ff.
- (22) Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 349 ff.
- (23) Ehnann/Sutset, Modernisiertes Schuldrecht, S. 4.
- (24) BT-Drucks. 14/6040, S. 1 ff.
- (25) 債務法改正の詳細についてはすでに多数の文献が存在する(前掲注(16)参照)。それゆえ本稿では特に損害担保責任の導入を巡る起草過程に検討対象を限定することとする。
- (26) 給付障碍法、売買法の討議草案については、今西康人「ドイツにおける売主の瑕疵担保責任の改正問題」関法五一巻二・三号一六九頁以下、青野博之「売買目的物に瑕疵がある場合における買主の権利と売主の地位」判タ一一二六号一二二頁以下、渡辺達徳・前掲判タ一一二六号一二二頁以下、今西・前掲判タ一一一七号三八頁以下も参照。
- (27) 椿寿夫他編『ドイツ債権法総論』(日本評論社、一九八八)、右近健男編『注釈ドイツ契約法』(三省堂、一九九五)。
- (28) 条文訳については下森定他編『ドイツ債務法改正委員会草案の研究』(法政大学出版局、一九九六)二三七頁以下を参考にした。
- (29) Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S. 123, 222. ただし、性質保証責任に関してこれまへ蓄積されてきた判断基準については今後も草案二七六条の帰責性の判断の際に生き続けるとする

(Abschlussbericht, S. 33)。

- (30) この点については、拙稿・前掲神戸四七巻二四四二頁以下を参照。
- (31) Richtlinie 1999/44/EG (ABIEG Nr. L 171 v. 7. 7. 1999, S. 12)。
- (32) ハースは、この消費者売買指令六条に基づいて新BGB四四三条の損害担保が成文化されたことを(Lothar Haas, in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendland, Das neue Schuldrecht, 2002, S. 253 Rn. 378)。
- (33) EU消費者売買指令の詳細については、今西康人「消費者商品の売買および品質保証に関するEU指令(一)(二)——その制定過程とドイツ法への影響を中心として——」関法五〇巻一五〇頁以下、四号一頁以下を参照。
- (34) Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 3 ff.
- (35) Diskussionsentwurf, S. 205; Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 90. これは対して「サマーンナーが、保証を新たな性質 (zugewiesene Eigenschaft) としての特別規定の放棄を批判した。(Gerhard Wagner in: Ernst/Zimmer, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 258)
- (36) 連邦司法省が出した討議草案についての補足文書では、二七六条の改正を見送った理由として、二七六条を新しく規定することは過失概念の拡大を惹起する可能性があることを憂慮したことを挙げてくる(BMJ-Informationspapier Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (Entwurf), S. 9 ff.(<http://www.uni-koeln.de/jur-fak/ibrah/pdfdocs/arbeitssh.pdf>))。
- (37) Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 349 ff.
- (38) これは、給付障碍法委員会が「売買、請負契約法作業部会」の提案を受け入れたことによる(Dauner-Lieb/Thiessen, Garantbeschränkungen in Unternehmenskaufverträgen nach der Schuldrechtsreform, ZIP 2002, 108, 112)。
- (39) BT-Drucks. 14/6040, S. 132.
- (40) 二七六条、四四二条、四四四条の損害担保が性質保証の後継概念であることは、政府草案四三三三条の改正理由において「政府草案二七六条一項一文だけでなく四四二条一項二文および四四四条は、『性質保証』という従来の文言に従って把握されて

またこのような事例群を「債務者（この中の関心事である売買契約の場合には売主）が損害担保を引き受けていたという」
と「ドイツのランノースしては」と述べられてはいることから明らかである（BT-Drucks. 14/6040, S. 210）。

(41) BT-Drucks. 14/6040, S. 236.

(42) BT-Drucks. 14/6040, S. 240.

(43) Dauner-Lieb/Thiessen, a. a. O., ZIP 2002, 113. 今西・前掲判例一七一七号四八頁も「指令を忠実に国内法化した結果、
性質保証概念は削除されたが、却って既存の多様な保証概念を条文上整理できず、体系的整合性に問題を残した」と指摘す
る。

(44) Schmidt-Rantsch, neue Schuldrecht, 2002, S. 514; Dauner-Lieb/Thiessen, a. a. O., ZIP 2002, 112.

(45) Triebel/Hölzle, Schuldrechtsreform und Unternehmenskaufverträge, BB 2002, 521, 530.

(46) BT-Drucks. 14/6857, S. 28.

(47) BT-Drucks. 14/6857, S. 61.

(48) BT-Drucks. 14/6857, S. 61.

(49) BT-Drucks. 14/7052, S. 197.

(50) BT-Drucks. 14/7052, S. 197.

(51) BT-Drucks. 14/7052, S. 184. ダウナー・リープ／ティーンセンによれば、連邦司法省の担当官であったシュミット・レンチエ
も、新法についての講演の際に、「損害担保の金額的な制限についての質問をもちかけられ、少なくとも損害担保を当初から制
限することは可能であることは間違いない」という趣旨の答えをしたという（Dauner-Lieb/Thiessen, a. a. O., ZIP 2002,
114）。

(52) 条文訳については岡孝編『契約法における現代化の課題』（法政大学出版局、二〇〇二）一八二頁以下、半田吉信『ドイツ債
務法現代化法概説』（信山社、二〇〇三）四三三頁以下を参考にした

も、四四四条は従属的損害担保のみを対象とするのか、それとも独立的損害担保も包括するのかどうかと言うことは、改正理由からは明確ではなからず、(Von Gierke/Paschen, Mängelgewährleistung beim Unternehmenskauf, GmbHR 2002, 457, 460)。これに対して、ローシエルダールは、法務委員会は四四四条について「形式を「觀念をやること」によって、規定を内容的に修正することは全く意図」してはなかつたと考え、(Dirk Looschelders, Beschaffenheitsvereinbarung, Zusicherung, Garantie, Gewährleistungsausschluss, in: Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2002, S. 407)。

(5) Haas, a. a. O., S. 218 Rn. 232; Palandt/Putzo, BGB, Ergänzungsband, 61 Aufl. §443 Rn. 24。エーボン／スチエントと同く債権者の側に損害担保の表示の証明責任があるとする (Ehmann/Sutschet, Modernisiertes Schuldrecht, S. 103)。

第三章 企業買収契約を巡る問題

新BGBの規定の中でも売主が損害担保を引き受けた場合に免責・責任制限を許さないことを定める新四四四条の規定が企業買収実務に大きな影響を与えることが特に懸念されている。以下では、まずこれまでの企業買収実務と売買法の関係について問題点について概観し、その後、新四四四条の与える影響について検討する。

第一節 これまでの問題状況

旧BGBにおける瑕疵担保責任法は企業買収契約にとつてはきわめて不十分であるというのがこれまで実務の認識であった。すなわち、企業買収の形態によって適用される条文が異なっていた。会社の資産の売買（Asset-Deal）は「物の売買であるとして旧BGB四五九条以下の物の瑕疵担保責任の規定が適用された。これに対して、会社の持分の売買（Share-Deal）は「権利」の売買であるとして、旧BGB四三三条以下の権利の瑕疵担保責任規定の対象となった。しかし、企業の持分の全部または大部分が買収されて企業の経営の実質的な支配権を得る場合には物的瑕疵担保責任の対象となるなどかなり複雑であった。また、企業の売上、収益、バランスシート等が契約の際に告げられたことと異なっていた場合に瑕疵となるかどうかについては争いがあった。それゆえ、BGHもこれまでは企業買収契約については瑕疵担保責任よりも契約締結上の過失責任によって処理する場面が多かった。⁽⁶⁰⁾結局、企業買収契約の実務においては契約書に独自の担保責任の体系を構築しそれを条件として取り交わすことが一般であった。その際、主要な役割を果たしたのが、損害担保責任の引受である。売上、収益、バランスシート等について説明については損害担保を買主に与える形で責任を引き受けていた。しかし、無制限に責任を引き受けることはできず、また企業買収契約において契約解除はあまりなじまないもので、同時に法定の瑕疵担保責任の排除や責任の上限の定めなどをするのが通例であった。

トリーベル／ヘルツレによれば、企業買収契約における典型的な損害担保約束は、①性質保証（売主損害担保約束）、②法律効果の合意、③そのほかの売主の責任の排除、④時効規定、という要素から構成されるという。⁽⁶¹⁾このような損害担保約束は、企業買収契約の契約時から譲渡期日までに生じる不利な変化のリスクを限定し、それゆえ、買主にとって売買代金の決定要素ともなるという。より具体的には次のような例を挙げる。⁽⁶²⁾

不確実性の損害担保	不利な変化のリスクを買主にとって不利にならないようにすることを売主が性質保証する。
貸借対照表の損害担保	貸借対照表の損害担保の言明の際には、売主は通常、年度末決算の正しき、および決算書類の作成の際の規則どおりの簿記の原則の遵守を表示する。この場合、限定的損害担保と無条件の損害担保が区別されなければならない。限定的損害担保は規則どおりの簿記の原則の遵守(SOB)を性質保証する。無条件の損害担保は、具体的な支払い能力についての責任を基礎づける。この損害担保は規則どおりの簿記の性質保証と共に、貸借対照表連続性の原則にしたがい多くの貸借対照表が作成されていることの保証も含む。
自己資本の損害担保	自己資本の損害担保は特定の時点において一定額の自己資本が存在していることの契約上の約束である。
資産の損害担保	企業体の設備、持ち分の種類および立地条件、企業に対する関係、並びに資産および人員の状態に関係する。それには、部分的に決算には現れないが、経済的な意味を有するその他の法律関係についての言明も含まれる。これは例えばライセンス契約、競業禁止、処分権の制限の不存在などである。
将来の状況について 約束	売主は、譲渡期日までに、一定の関係、例えば、採算の取れない企業部門の閉鎖を行わなければならないということについて責任を負う。

第二節 新四四四条の実務に対するインパクト

以上のように旧法下での企業買収実務は複雑であると同時に損害担保を用いることで柔軟に対することもできた。しかし、新BGBはこの柔軟性を奪い去ってしまった。すなわち、今回の改正によって新たにBGBに導入された四四四条後段は、売主が損害担保を引き受けていた場合には、責任制限もしくは免責についての合意を援用できないと定めている。これによると、企業買収契約の際に売主が企業の状態についても損害担保を引き受けると、損害担保に基づく責任を負わなければならないだけでなく、四三七条以下の法定の瑕疵担保責任を制限又は排除することも不可能となる。⁽⁶³⁾

この点についていち早く問題提起を行ったのがヴェストファーレンであった。彼は、新四四四条のもとでは「企業買収も念頭に置かれ、そこで無数に生起している『損害担保』、すなわち、法律関係、貸借対照項目、そして法律家、公認会計士の幻想に起因するその他すべてのことについて買主が売主に無条件で求める『損害担保』、が取り上げられる。その際、新BGB四四四条は、責任の制限およびその免責に対しても宣戦を布告するということは、当然の帰結である。なぜなら、企業買収はドイツ売買法の支配下にあるからである」として企業買収契約も無条件に新四四四条の適用を受けられることを指摘する。⁽⁶⁴⁾

ヴェストファーレンの指摘を受けて、実務及び学説からは四四四条に対する多数の非難が起こった。「その年のワーストワード」⁽⁶⁵⁾、「責任制限にとつての致命的打撃」⁽⁶⁶⁾、「船頭なしに見知らぬ海を渡っているような契約実務」などと表現された。⁽⁶⁷⁾ 具体的には、たとえば、ヒルガルト／クライイファンガーは、四四四条の法律効果はまさに企業買収の法律関係において売主にとっては完全に受け入れられないものであるという。契約違反の場合に正しくない損害担保が存在していたなら、買主は契約を解消でき、おそらく何年か後に彼にその企業を「返還する」ことができるという考えは全ての企業の売主にとって悪夢であるという。損害担保を与えるということが買主に企業の返還の可能性を開くということを意味

するのであれば、一般的に待ち望まれている企業買収の波は急速に砕け散ってしまうであろう。なぜならそのような予測不可能な結果に関わり合う売主などまずいからであるという。実際、二〇〇二年一月一日以降、損害担保として解釈されることがほぼ確実な契約上の任意の責任負担義務の引受を、解除のリスクを避けるために、売主が拒否しているという若干の事例を彼らは知っているといる。利害関係を有している買主は、企業を「現状有姿」で買うつもりはなく、それがために、企業買収が成立しないと言うことはあり得ないことではないという。彼らは「四四四条後段の誤解を招く規定による国民経済上の損失は莫大なものとなりうる」として問題の重大性を指摘する。⁽⁶⁹⁾

第三節 学説の反応

企業買収契約における四四四条の問題を解決するために様々な解釈論が提起された。これらの学説は大きく分けて二つの立場に分かれる。

(一) 完全適用説

第一の立場は、四四四条の文言に忠実に、売主が損害担保を与えた以上はもはや彼はその責任を制限又は排除することは不可能であり、それゆえ今後は実務において「損害担保」を契約に用いることを避け、代わりに「性質合意」を与えることで責任負担のリスクを適切に軽減することを図るべきであるとする。

この立場の主唱者であるヴェストファーレンは、四四四条によれば、売主には、本条の意味における個別契約のレベルにおいて「損害担保」の不達成による責任を制限あるいは排除することは、無条件で禁止される。すなわち、売主は、彼らによって約束された「損害担保」の不履行の結果生じた二四九条以下の全損害賠償の危険を引き受けなければならぬ。これは、非常に重要かつ基本的な負担である、とする。彼の見解によれば、損害担保を引き受けた売主の責任を時

間的、金類的に制限することも許されないうことになる。それゆえ、今後の実務においては、単に『損害担保』あるいは『性質保証』という概念から離れて、『性質合意』を厳密に引き受けることが必要であるとす。その不履行の場合には、当事者は、損害賠償責任を瑕疵担保責任の枠内に限定した形で権利行使を行うことになる⁽⁷¹⁾と述べる。フォン・ギールク／パツシェンも、売主が売買目的物の性質について損害担保を与えていた場合には、新四四四条により免責若しくは責任制限を援用することはできず、企業買収契約において企業の性質についての独立的損害担保あるいは性質保証を与えるという従来の契約実務は新四四四条に抵触する危険性をはらんでいるとする。そのような危険を避けるために、企業買収契約においては性質保証と独立的損害担保はできるだけ避けるべきであり、その代わりに、企業買収契約における瑕疵担保責任のシステムを四三四条一項一文の性質合意によつて構築すべきであるとす⁽⁷²⁾。

（二）制限的適用説

これに対して第二の立場は、企業買収の際に企業の買主に対して損害担保を与えることは今後も不可欠であるとの認識から、何らかの形で四四四条を限定的に解釈する方途を探る⁽⁷³⁾。

たとえば、ヒルガルト／クライファンガーは、四四四条後段は性質損害担保についての法定の瑕疵担保責任を排除することを禁じており、この規定は強行規定であることを認める。しかし、その改正作業の過程の検証から、四四三条一項及び四四四条後段はその同一の文言にもかかわらず、異なった損害担保の類型を規定していると解する。つまり、四四四条後段の損害担保は四四三条の損害担保ではない⁽⁷⁴⁾という。そうすると、企業買収契約において従来通り独立的損害担保を与えることは何らの問題もないという。すなわち、四四三条の独立的損害担保を与える者がその責任を制限したとしても、それは四四四条の問題ではないことになる。彼は契約実務に対して次のような契約書式を提案する。「ここで与えられた損害担保の全てについて最終的に三二一条一項の独立的損害担保約束として扱われる。四四四条後段の性

質言明についての損害担保は与えられない⁽⁷⁶⁾」。

また、カナリスは、四四四条に損害担保を取り入れたことの本当の目的は、旧 A G B G 一一条一一号の規律を新債務法の中に引き継ぎ、それによってその規律を個別合意にも拡大することにあるとする。この旧 A G B G 一一条一一号の背後には、約款使用者が、性質保証によって顧客に「右手で」と与えた請求権を、約款によって「左手で」再び奪い去ることは、自己矛盾行為禁止の原則あるいは不明確条項禁止の原則に抵触するという思想が存する。それゆえ、改正作業の過程からも明らかのように、四四四条の規律する損害担保を引き受けることは強制されるわけではないから、制限が不明確な方法で定められない限りで、損害担保を引き受けた場合であつても、それを制限する可能性は認めなければならぬとする。すなわち、損害担保が当初から制限された内容でもって引き受けられている場合には、四四四条は適用されないという⁽⁷⁶⁾。

また、四四四条の損害担保には独立的損害担保も含まれると解するファウストも、四四四条の趣旨は、損害担保の責任制限を無効にするためではなく、「単に、明確ではない場合(損害担保と責任制限が併存している場合)には損害担保が責任制限に優先するという内容の解釈規定である」と解する⁽⁷⁷⁾。

以上のように、四四四条を何らかの形で限定的に解釈する方向が実務及び学説においては支配的であると言える。しかし、これに対しては第一の立場のヴェストファーレンのように四四四条の文言に忠実に限定的解釈を否定する有力説も存する。⁽⁷⁸⁾

第四節 連邦司法省の二つの文書

以上のような学説の混乱にさらに拍車をかけたのが、二〇〇二年二月一三日と二〇〇三年一月一〇日付の連邦司法省から出された文書であった。前者は、連邦弁護士協会からの意見照会に対して連邦司法省参事官のシュミットレンチュが回答したものであり、後者は連邦商工会議所からの意見照会に対して連邦司法大臣のチプリスが回答したものである。特徴的であるのは両者で結論が全く異なっていたことである。

（一）シュミットレンチュの文書

この文書で彼は、新四四四条の問題について、売主が特定の性質について損害担保を引受けた場合には、もはやその責任を限定することはできないことを定めた新四四四条を実務は前提にしなければならぬとする。そのうえで新四四四条は従来の企業買取契約実務に修正を強いるものではないという主張に対して次の三つの理由を挙げて批判する。①四四四四条の制限的解釈を主張する見解に対しては、文言からも起草過程からも支持し得ない。②責任の金額的な限定は四四四四条に抵触しないという見解についても、以前はそうのように考えていたが、⁽⁷⁹⁾現在では文言と調和しないのではという疑いを持っている。③独立的損害担保を推奨する説に対しては、その独立的損害担保を制限することはまさに四四四四条に抵触する。結局、彼は、「金額的な限定を行いたい場合には、今後は性質損害担保をさけるべきである。そのかわり、新四四四四条一項一文の性質合意を行うべきである」との提案を行う。⁽⁸⁰⁾このように、シュミットレンチュの見解は、先に見た第一の立場、特にヴェストファーレンの見解に非常に近いと言える。

（二）チプリスの文書

これに対し、チプリスの文書では、先のシュミットレンチュの見解とは異なり、「四四四四条は適切な解釈をすれば、これまでの契約実務と矛盾しない」とする。彼女は「四四四四条の趣旨および目的は、AGBG 二一条二一号に対応して、

矛盾行為、すなわち、当初引き受けていた損害担保を事後的に不意打ち的に不透明な方法で排除もしくは制限することを回避するということ」にのみ存するとする。逆に「損害担保の範囲および内容が当初から制限されていた場合には、後に裏切られうる信頼の要素が全く与えられておらず、四四四条は規定の趣旨および目的に従いそのような損害担保」と抵触しないとす。この限りで、結局、四四四条は自己矛盾行為禁止の原則を具現化したものであるとする。以上の考察をもとに、最終的に、「引き受けられた独立的損害担保もしくは従属的損害担保が合意された責任範囲を明確にし、契約の他の箇所では不意打ち的あるいは不透明に制限されない場合には、四四四条は責任制限と矛盾しないということが結論として確認されなければならない」とする⁽⁸¹⁾。この立場は先に見た、第二の立場、特にカナリスらの見解に非常に近いものである⁽⁸²⁾。

以上のように同じ連邦司法省の担当者が回答した文書でありながら、両文書は全く結論を異にしている。しかし、この後に出された「B G B 四四四条についての連邦司法省の見解」では、チプリスの立場が連邦司法省の公式見解として公表されている⁽⁸³⁾。

このように様々な説が出される中で、実務家の中には、企業買収における独立的な損害担保約束の制限は可能であるという解釈が判例において確立するまでは、この問題に対する法的不安定性は完全には除去されないことから、契約実務において損害担保を与えないという形でリスクを回避すべきであり、損害担保の代替物として性質合意を用いるのが無難であるという提案もなされている⁽⁸⁴⁾。

さらにファウストなどは、四四四条後段は失敗に終わった規定であり、その文言は起草者の意図を大きく超えてしまっ

たとして、やはり、起草者による明確化、すなわち四四四条における「あるいは目的物の性質（Beschaffenheit）⁽⁸⁶⁾」についての損害担保を引き受けていた」という文言の削除が望ましかったとして四四四条の修正を求める。このほかにも、ガステイヤー／ブランシャイドのように、企業買収契約における独立的損害担保は四四四条の適用範囲に入らないということ可能な限り明確にすることが、実務において法的安定性を回復するもつとも簡明で確実な方法であるとする論者も少なくない⁽⁸⁶⁾。

第五節 CDU／CSUによるBGB四四四条の修正提案

以上のような実務界からの改正要求を受けて、野党CDU／CSUは「民法修正法案（企業買収の際の法的不安定性を除去するための法律）」（Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs（Gesetz zur Beseitigung der Rechtsunsicherheit beim Unternehmenskauf）⁽⁸⁷⁾）を連邦議会に提出した。

一、四四四条を以下のように定める

「四四四条 免責

瑕疵に基づく買主の権利を排除もしくは制限する合意を、売主は瑕疵を悪意で黙秘していた場合には援用することができない」。

二、四七七条を以下のように改める

第二項の次に以下の文を挿入する

「(三) 第四四三条の損害担保が買主の権利を基礎づける限りで、この権利は契約によって排除することができない」。

従来の第三項は第四項とする。

三、第三〇九条を以下のように改める

第三〇九条第八号に次に次の新しい項を付加する

「c) (性質損害担保に対する責任の排除もしくは制限)

約款の使用者が性質について損害担保を引き受けていた限りで、売買もしくは請負の際の性質メルクマールの瑕疵に基づく契約当事者の給付に代わる損害賠償請求権を排除もしくは制限するような約款規定」。

法案の提案理由によると、この法案は、前述した企業買収の際の責任法システムの法的不安定性を除去するために提案された。提案理由は、新四四四条による責任制限の禁止によって、事後的に企業買収契約を解除することも制限できなくなるが、これは企業買収実務において受け入れ難いことであり、国民経済上も好ましいものではないという。なぜなら、企業の売却は、しばしば、企業あるいは企業の一部およびそれに伴って職場をも救う最後のチャンスであるという。確かに連邦司法省はその意見表明によって、責任制限は依然として可能である旨を表明した。しかしこの拘束力のない意見表明では法的不安定性を取り除くことはできない。それよりも本法案が提案しているよう制限が可能であるこ

とを明確に文章化する方が意義が大きいとする。そして、EU消費者売買指令の基準はこの法案によっても満たされ、さらに、法文の明確化は企業買収の分野におけるドイツ法を国際的に後れをとらず、ヨーロッパ契約法の審議の際にも模範的、指導的役割を果たせることにも寄与するであろうと述べる。以前から、すでに、ドイツの売買法の不十分性は、企業買収契約がドイツにおいても最終的にはほとんどアメリカ法の契約モデルに従って構想されるという事態に至っていた。債務法改正法はこのような傾向にいつそう拍車をかけた。それどころかこの間少なからず国際的な合併企業が、ドイツ売買法における法的不安定性のために企業買収契約において外国法の適用が合意されると主張する。これはドイツの視点から見れば望ましいことではないとして、法改正の必要性を訴える。

以上の問題を解決するためにこの法案は、損害担保表示についての責任を制限もしくは排除することの禁止を、EU消費者売買指令と一致させて、旧法下でAGBG一条一号において規定されていたのと同じように消費者売買の領域と損害担保の具体的に合意された内容に限定する。瑕疵の悪意の黙秘に基づく責任の制限もしくは排除の禁止については従前の通りとする。⁽⁸⁸⁾

これに対し、与党及び連邦司法省も四四四条が全く問題がなく修正の必要がないと考えていたわけではないが、野党の修正法案は起草者の意図を大きく越えるものであると批判する。連邦議会における本法案の第一読会において、SPDの議員であるランプレヒトも、四四四条の解釈を巡って、「法的不安定性が現に存するのであれば、我々はその点について議論するにやぶさかではない」と述べつつ、「しかし、与党の法案は、四四四条を消費者売買に限定することで、それを大きく越え、四四四条をすべての売買契約および請負契約に適用させるつもりである起草者の意図に明確に反している」と与党の法案を批判する。⁽⁸⁹⁾ また、連邦司法省政務次官のハルテンバッハも、野党の提出したこの法案は、「解釈問題を大きく越えている」として非難する。この法案は、不明确で相反する形での損害担保の制限の禁止を消費者売買に限

定する。このことは、消費者売買以外の場合、たとえば企業買収契約の場合に、不明確で相反する形での制限を無制限に認めるという帰結に至る。これはこれまでの判例および法実務の継続的形成を意図した起草者の意図に明確に反しているとする⁽⁹⁶⁾。

しかし、実務家はこの法案に対して諸手をあげて賛成している。たとえば、ザイプト／ライヒェは、「法案によって提案されている新しい規定は無条件で歓迎されるべきである。なぜなら、法案は、企業買収および資産買収契約の領域における独立的ギャンランティー約束を用いた実務で試されている責任体系の継続にとっての法的安定性をもたらすからである」と述べている⁽⁹⁷⁾。

- (96) Von Gierke/Paschen, a. a. O., GmbHR 2002, 457 ff.
- (97) Triebel/Hölzle, a. a. O., BB 2002, 528.
- (98) Triebel/Hölzle, a. a. O., BB 2002, 528.
- (99) この点については H. P. ヴェスターマン／小川浩三訳「ドイツ債務法改革」シュリニ二四五号一五七頁も参照。
- (99) Friedrich Graf von Westphalen, Ein Stein des Anstoßes: § 444 BGB n.F., ZIP 2001, 2107
- (99) Dauner-Lieb/Thiessen, Das neue Leistungsstörungsrecht - Leistungsstimmend und störantfallig?, DStR 2002, 809, 815.
- (99) Graf von Westphalen, „Garantien“ bei Lieferung von Maschinen und Anlagen - Todesstoß für Haftungsbeschränkungen durch §§ 444, 639 BGB?, ZIP 2002, 545.
- (97) Triebel/Hölzle, a. a. O., BB 2002, 529.
- (98) かねて「コントの井の威」ばかり知られすぎた重臣が、Klaus J. Müller, Unternehmenskauf, Garantie und Schuldrechtsreform - ein Sturm im Wasserglas?, NJW 2002, 1026)°

- (68) Hilgard/Kraayvanger, a. a. O., MDR 2002, 678.
- (69) Graf von Westphalen, Nach der Schuldrechtsreform: Neue Grenzen für Haftungsfreizeichnungs- und Haftungsbegrenzungs-klauseln, BB 2002, 209. Marc Hermanns, Garantie beim Unternehmens- und Anteilskaufvertrag, ZIP 2002, 696, 698 の同題。
- (70) Graf von Westphalen, a. a. O., ZIP 2002, 549. 性質合意の有無性や譲渡手続は、 Hermanns, a. a. O., ZIP 2002, 700 の同題。 この点のな『損害担保』のせむらひ『性質合意』は足りぬ」とするヴェストフアレンの見解に対し、 ヌッナーリーフ／ティーンが、義務違反と帰責性の間の分離と過失責任主義という新債務法の重要な原則を無視していると批判する（Dauner-Lieb/Thiessen, a. a. O., DStR 2002, 816）。
- (71) Von Gierke/Paschen, a. a. O., GmbHR 2002, 464.
- (72) Thiessen, a. a. O., ZRP 2003, 272.
- (73) Hilgard/Kraayvanger, a. a. O., MDR 2002, 678. この点のなきへの語を、 故工作業の過程の検証をめぐり四四四条と四四三条の損害担保を区別し、四四四条の譲渡領域を譲渡者の（Hermann J. Knott, Unternehmenskauf nach der Schuldrechtsreform, NZG 2002, 249, 255; Triebel/Holzle, a. a. O., BB 2002, 530; Gronstedt/Jürgens, Die Gewährleistungshaftung bei Unternehmensverkäufen nach dem neuen Schuldrecht, ZIP 2002, 52 ff.; Dauner-Lieb/Thiessen, a. a. O., ZIP 2002, 111; Horst Eidenmüller, Rechtskauf und Unternehmenskauf, ZGS 2002, 290, 296）。しかし、その背後には、企業買収契約義務における、四四四条の損害担保と四四三条の損害担保を区別すること、四四三条の損害担保を四四四条の免責禁止の対象からはずし、従来とおなじように四四三条の損害担保を用いた企業買収契約の責任体系を維持したいという意図が存在する ことに留意する必要がある。
- (74) Hilgard/Kraayvanger, a. a. O., MDR 2002, 678 ff.
- (75) Canaris, in: Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung, S. 84 ff. Horst Eidenmüller, Rechtskauf und Unterneh-

Karlshuter Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung, S. 87; Dauner-Lieb, Ein Jahr Schuldrechtsreform - Eing Zwischenbilanz, ZGS 2003, 10, 12; Dauner-Lieb/Henssler, Vorwort, in: Unternehmenskauf und Schuldrechtsmodernisierung, 2003
も改正の必要性を訴える。

- (87) BT-Drucks. 15/1096, S. 1 ff.
- (88) BT-Drucks. 15/1096, S. 1 ff. 法案提出議員の一人であるレットゲンによれば、この法案は、ハイデルベルク大学教授のトーマス・フナイファーの提案（Thomas Pfeiffer, Editorial, ZGS 2003, 161）をベースに作成された（Norbert Röttgen, Zeit für Korrekturen beim Unternehmenskauf, NJW-Editorial Heft 26/2003）。
- (89) BT-Planarprotokoll 15/56, S. 4737 f.
- (90) BT-Planarprotokoll 15/56, S. 4741 f.
- (91) Seibt/Reiche, a. a. O., DB 2003, 1561. ヌイツ弁護士協会も大筋では本法案を支持する（<http://www.anwaltverein.de/03/05/2003/43-03.pdf>）。

第四章 小括

以上のように、ドイツ債務法改正によって新BGBに導入された「損害担保責任」は、起草過程の途中までは、二つの異なる意味で用いられていた。すなわち、その一つは、政府草案二七六条一項一文において債務不履行責任の帰責事由として新たに導入された「損害担保の引き受け」である。これは、改正理由によれば、従来の四六三条の「性質保証」を引き継いだものであるという。さらに悪意の黙秘について定めていた旧四六〇条、性質保証責任の約款による免責を

制限した旧A G B G 一一条一一号の後継規定として、「性質保証」の代わりに「損害担保」を用いた、政府草案四四二条、四四三条が存在する。しかし、これに対して、E U 消費者売買指令六条の損害担保を国内法化した規定である政府草案四四三条が存在し、ここに規定されている「損害担保」は前者とは異なるものとして想定されていた。さらにこの点を明確にするために、連邦議会での審議では、前者の二七六条、四四二条、四四三条の「損害担保」を「性質保証」に置き換えることが提案された。まさにこの時点までは、起草者の意図は二種類の損害担保を使い分けるものであったといえる。しかし、その後の法務委員会での審議では、すでに一九九二年の債務法改正委員会の提案の時点でも問題がある概念であるとされていた「性質保証」が再び復活することを警戒し、結局、すべて「損害担保」の概念で統一すべきであるとの決議がなされ、それが最終的に成文化された。

このように、新B G B では、「損害担保」を引き受けた者は、損害賠償義務を負うと同時に、その免責・制限も許されないという重い責任を負うことになった。このように、新B G B において興味深いのは、二七六条において帰責事由として位置づけられた「損害担保」が、同時に四四四条によって、売主の免責を制限する根拠とされている点である。

そして、この四四四条の規定が企業買収契約にも適用されるかどうか、新法施行後、新たに実務家を悩ませた。学説および実務家は、企業買収契約の際には損害担保責任の免責・制限を許さない四四四条の適用を制限しようとする様々な見解が出されたが、未だ決定的な説は存在せず、B G H の判例も存在しないため、状況は流動的なままである。このような状況を打開するために、野党C D U / C S U は損害担保責任の免責・制限の禁止を消費者売買に限定する法案を提出するに至っている。ただし、このドイツの企業買収契約実務と新四四四条の衝突の問題は、特殊ドイツ法的な問題であり、そこから直ちに日本法に対する示唆が得られるわけではない点に留意する必要がある。しかし、この議論は立法と実務の関係を巡る興味深い問題であり、ここから「性質保証」と「損害担保」の民法典における意義と実務における

意義が浮き彫りになってくるように思われる。

第五章 日本法への示唆

ドイツ法では、従来「性質保証責任 (Zusicherung)」により損害賠償を基礎づけていた旧四六三条から、債務法改正により、債務不履行責任の損害賠償責任の帰責事由として、故意・過失と並んで、「損害担保の引き受け (Garantie)」を新二七六条に導入するに至った。このことは、日本法においても従来、性質保証責任として様々に議論されていたものが、四一五条の債務不履行責任の責めに帰すべき事由の一つとして位置づけうる可能性を示しているといえる。⁽⁹²⁾ その際、新 BGB においても旧法の「性質保証」と同じ意味で「損害担保」が用いられたことに鑑みると、日本法において、「性質保証」と呼ぶか「損害担保」と呼ぶかは、もはや用語の問題にすぎないといえる。ただ、すでに見たように、ドイツ債務法改正においても、すべて「損害担保」という用語に統一したことにより、四四四条の損害担保を巡って企業買収契約実務を舞台に激しい議論が湧き起こったことに鑑みると、日本法においても、いわゆる特別に合意される損害担保特約とは区別され、民法四一五条の債務不履行責任の帰責事由としての意味を明確にするために「性質保証」の用語を用いる方が望ましいと考える。

この「性質保証」と「免責条項」の日本法における関係については、さしあたり、消費者契約の枠内では、「性質保証」をしつつ、同時にその責任を「免責・制限」する条項は、消費者契約法一〇条により無効となると解すべきであろう。⁽⁹³⁾ 消費者契約以外の領域についてもこのような免責の制限が拡大するかどうかについては今後慎重に検討する必要がある

る。しかし、ドイツにおいても多くの論者が主張するように、片方の手で「性質保証」を与えつつ、もう片方の手でそれを奪うような契約は、自己矛盾行為禁止の原則により無効と解すべきであろう。⁽⁹⁴⁾

ただし、新BGBにおける「損害担保」と同様に、要件として「責任を引き受ける意思」を要件としかどうかについては、必ずしも厳密な要件として位置づける必要があるかどうかは今後充分な検討を要する。⁽⁹⁵⁾この点について、新BGBでは二七六条の損害担保について、証明責任は債権者の側にあると解されている。さらに、すでに見たように、新BGB二七六条の「損害担保」は、旧四六三条の「性質保証」の後継概念であり、その判断基準については、従前の性質保証についての判例が妥当すると解されている。そして、「責任負担意思」についての従前の判例は、買主の側から見て「売主が責任を負う意思を有している」と受け取られうる表示で十分であると解していた。⁽⁹⁶⁾そうすると新BGBにおいても、債権者から見て債務者が責任を負う意思を有していると受け取られうる表示が存在することを証明すれば足りることになる。日本法においても同様に解するのであれば、実際問題として要件としての「損害担保意思」の重要性はそれほど大きくないように思われる。⁽⁹⁷⁾

以上をまとめると、日本法においても、「性質保証」を四一五条の債務不履行責任の帰責事由として、故意・過失と並んで位置づけることができると言える。ただし、それは故意・過失とは異なり、債権者（買主）の方から主張・立証しなければならぬ特別の帰責事由であり、かつ、性質保証を与えつつその責任を排除するような定めは許されない責任として理解されるべきである。

【追記】本稿は日本学術振興会平成一五年度特定国派遣事業によるケルン大学における研究成果の一部である。日本学術振興会ならびにドイツ学術交流会（DAAD）、受け入れ研究機関であるケルン大学法学部のBarbara Dauner-Lieb教授とその助手、研究協力者には、資料収集だけでなく、的確な助言をいただき大変お世話になった。また、ハッティンゲン区裁判所判事のJohannes Kimmeskamp氏、大阪学院大学の占部洋之助教授、広島大学の野田和裕助教授には資料提供並びに有益な助言をいただいた。ここに記してお礼に代えたい。

(92) 渡辺達徳・前掲判タ一一一六号二九頁（注三九）は、新BGBの帰責事由の理解が、近時の日本法における有力説と軌を一にする点を指摘する。この点については、拙稿・前掲神戸法学四七巻二号四二七頁、拙稿・前掲私法六二号一八四頁以下も参照。

(93) 消費者契約法一〇条については、さしあたり、落合誠一『消費者契約法』（有斐閣、二〇〇二）一四四頁以下を参照。

(94) 拙稿・前掲『民法学の課題と展望』所収五四一頁、同・前掲私法六二号一八五頁。

(95) 拙稿・前掲神戸法学四七巻二号四二七頁。

(96) BGHZ 59, 154, 158.

(97) 拙稿・前掲神戸法学四七巻二号四二八頁以下。